

# Justiça e verdade na prestação jurisdicional, segundo o direito processual civil brasileiro

## *Justice and truth in the jurisdictional provision, according to Brazilian civil procedural law*

Humberto Theodoro Júnior\*

### RESUMO

Preocupado com a garantia constitucional de um processo democrático e justo, o art. 369 do CPC/2015 assegura que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. O que se pretende com o presente estudo é demonstrar que o processo sistematizado segundo princípios e valores preconizados pela Constituição (processo justo) não pode ser reduzido a uma mera e fria técnica de solucionar conflitos.

Não se pode pensar em justiça sem a conotação de verdade. Não importa que a verdade absoluta seja inalcançável pela ciência humana. O que a justiça exige de quem assume o encargo de realizá-la é o empenho de buscar a verdade possível, dentro da razoabilidade própria do método jurídico. Diante das limitações técnicas da instrução processual e das regras de formação do convencimento do juiz, o resultado da avaliação da veracidade das provas apresenta-se, quase sempre, como um juízo de *probabilidade* e, só raramente, como juízo de *certeza* (caso de apuração do fato através de regra extraída das ciências exatas). Entretanto, a circunstância de a certificação da verdade ocorrer por força de exigência prática que imponha ter como provado um fato quando apareça na instrução do processo como “fortemente provável” não desnatura o compromisso do processo justo com a verdade. Isto porque a avaliação de probabilidade não é feita livremente pelo juiz, mas por meio de dedução lógica.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Direitos e garantias individuais. Devido processo legal. Prova (processo civil).

### ABSTRACT

Concerned about the constitutional guarantee of a democratic and due process, art. 369 of the CPC/2015 ensures that the parties have the right to use all legal means, as well as morally legitimate, although not specified in this Code, to prove the truth of the facts which underlie the application or defense and effectively influence the judge's conviction. The purpose of this study is to demonstrate that the legal process systematized according to principles and values recommended by the Constitution (due process) can not be reduced to a mere cold technique of conflict resolution.

One can not think of justice separated from truth, no matter absolute truth is unreachable by human science. What justice requires of those who assumed the burden of accomplishing it is the commitment to seek for the feasible truth, within the proper reasonable criteria of the legal method. Given the technical limitations of procedural instruction and given the guiding rules to built the judge's conviction, the evaluation the evidence veracity is almost always a *probability* judgment and, more rarely, as a judgment of *certainty* (fact search through rules extracted from the exact sciences). Nonetheless, the fact that the certification of truth occur under the practical imposition that demands to prove a fact when it turns up in the instruction of the process as “strongly probable” does not water down the commitment of the due process to the truth. This is because the assessment of likelihood is not freely made by the judge, but through logical deduction.

**Keywords:** Access to justice. Individual rights and guarantees. Due process. Proof (civil procedure).

\* Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law e da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Doutor em direito. Advogado.

## 1 Direito e moral

Houve um momento histórico em que o pensamento jurídico dos séculos XVIII e XIX eliminou a possibilidade da existência do “direito natural”, para proclamar que a ordem jurídica era unicamente aquela editada ou aprovada pela lei. Tinha-se, então, como *absoluta* “a soberania do Parlamento”, para compor o direito positivo, e, com isso, não haveria lugar algum para a moral conviver com o direito objetivo.

O século XX, todavia, fez girar a roda dos princípios, para realinhar a cultura jurídica com o reconhecimento da existência de liames irrecusáveis entre direito e moral. Dworkin, diante do cenário histórico-jurídico atual, registra que

[...] o utilitarismo está cedendo espaço mais uma vez ao reconhecimento dos *direitos individuais*, agora chamados *direitos humanos*, e a soberania parlamentar já não é evidentemente *justa*<sup>1</sup> (grifo nosso).

Prossegue o grande filósofo jurídico de nosso tempo:

O *status* do Parlamento enquanto legislador — uma das questões jurídicas mais fundamentais — tornou-se de novo uma profunda questão de moral política. Na prática, o direito está integrado à moral: os advogados e juízes são os filósofos políticos operantes do Estado Democrático<sup>2</sup>.

Focando principalmente a ordem constitucional, observa o mesmo jusfilósofo que

[...] os constitucionalistas norte-americanos têm discutido entre si para saber se as cláusulas constitucionais substantivas mais abstratas — aquelas, por exemplo, que garantem os direitos à *liberdade de expressão* e à *liberdade religiosa*, que proíbem as *penas cruéis e iníquas*, que impõem a igual *proteção das leis* e o *devido processo legal* — devem ser lidas como *princípios morais*<sup>3</sup> (grifo nosso).

Por outro lado, há constitucionalistas norte-americanos que reconhecem em geral “que a interpretação das cláusulas mais concretas do documento depende da

história, não da moral”. No entanto, a conclusão de Dworkin é no sentido de que:

[...] a história parece muito menos pertinente quando admitimos que o objetivo da interpretação constitucional é entender, da melhor maneira possível, as palavras da Constituição como dispositivos que visam promover um governo *justo*. [Rejeitados há muito tempo e em todos os países os padrões morais e políticos do século XVIII], devemos, portanto, nos esforçar ao máximo, dentro dos limites da interpretação, para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso *senso de justiça* — não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque *é exatamente isso que o próprio direito exige*, quando é bem compreendido<sup>4</sup> (grifo nosso).

## 2 Direito e justiça na Constituição brasileira

A meta anunciada no *preâmbulo* da Constituição brasileira de 1988 é a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como valores supremos, entre outros, a *liberdade*, a *igualdade* e a *justiça*. Entre seus fundamentos, destaca-se a *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III); e um dos objetivos principais da República Federativa do Brasil anunciados enfaticamente é a construção de “uma sociedade *livre, justa e solidária*” (CF, art. 3º, I).

Trata-se, como se evidencia nas bases da Carta Magna, da organização de um Estado Democrático de Direito, com profundas raízes éticas e morais, tal como quer a cultura político-social contemporânea.

Essa quadra institucional organizada a partir de princípios e valores éticos estreita o relacionamento do direito com a justiça, sem, entretanto, confundi-los numa única figura normativa. Com efeito, no plano prático, *direito* e *justiça* chegam a se entrelaçar, a tal ponto que, na consciência social, não se consegue distinguir uma figura da outra.

Para o jurista, contudo, nem sempre o que é direito é justo e nem tudo que é justo é direito. Explica Sérgio Cavalieri Filho:

Isso acontece porque a ideia de *Justiça* engloba valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como a *liberdade*, *igualdade*, *fraternidade*, *dignidade*, *honestidade*, *moralidade*, *segurança* (grifo nosso), enfim, tudo aquilo que vem sendo chamado

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: Justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 634.

<sup>2</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>3</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 635.

de *direito natural* desde a antiguidade. O *Direito*, por seu turno, é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural concebido como técnica para a pacificação social e a realização da *justiça*. Em suma, enquanto a *Justiça* é um sistema aberto de valores, em constante mutação, o *Direito* é um conjunto de princípios e regras destinado a realizá-la. E nem sempre o *Direito* alcança esse desiderato, quer por não ter acompanhado as transformações sociais, quer pela incapacidade daqueles que o conceberam, e quer, ainda, por falta de disposição política para implementá-lo, tornando-se por isso um *direito injusto*<sup>5</sup>.

*Justiça*, como valor que é, corresponde à noção genérica que todos compreendem, mas que ninguém consegue reduzir a uma definição precisa. Como a beleza e a honestidade, o valor “*justiça*” é inerente à dignidade humana e é condição indissociável da convivência civilizada. Em palavras singelas, mas de alto alcance pelo comum do povo, os juristas clássicos romanos definiam o direito de modo a nele divisar sempre o compromisso com o justo. Assim, para Celso, o direito não era senão “a arte do bom e do justo” (*jus est ars boni et aequi*), o que a sabedoria prática de então dividia em três ideias intervinculadas:

a) o “dar a cada um aquilo a que tem direito” (*jus suum unicuique tribuere*), ou “*Justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que lhe é devido*” (*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*);

b) o “viver honestamente, não abusando de seus direitos” (*honeste vivere*); e

c) o “não prejudicar ninguém” (*neminem laedere*).

Como valor absoluto, o *justo* em essência não se mostra alcançável pelo homem, da mesma maneira com que se passa com a *verdade*. Expressiva, porém, é a imagem delineada por Cavaliere, segundo a qual se pode dizer que

[...] a *Justiça* está para o direito como o horizonte está para cada um de nós. Quanto mais caminhamos em direção ao horizonte — dez passos, cem passos, mil passos —, mais ele se afasta de nós, na mesma proporção. Nem por isso o horizonte deixa de ser importante porque é ele que nos permite caminhar. Pois também o *Direito*, na permanente busca da

*Justiça*, está sempre caminhando, em constante evolução<sup>6</sup>.

No Estado Democrático de Direito fundado na *justiça* e direcionado à sua realização efetiva, cabe ao Poder Judiciário seguir-lhe os ditames não só para preencher as lacunas do ordenamento jurídico, mas também para interpretar e aplicar o direito normatizado, numa obra *criativa*, tendente a harmonizá-lo, quanto possível, na solução dos casos concretos, com as exigências da *justiça*<sup>7</sup>.

Fiel às metas constitucionais da República brasileira, o atual Código de Processo Civil contém *normas fundamentais* estatuídas para assegurar que a prestação jurisdicional seja *justa* e *efetiva* (art. 6º), dentro de um processo “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição” (art. 1º).

A propósito, merece destaque o registro da presença histórica do *processo justo* sempre no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, do que decorre a necessidade de conceituá-lo e dimensioná-lo sempre à luz dos valores e princípios mais nobres da ordem constitucional<sup>8</sup>.

Assim, realizar em juízo a *justa composição* do conflito importa cumprir a meta de construir a sociedade justa e solidária visada pelo art. 3º da Constituição, o que o órgão judicial fará seguindo o conjunto dos princípios, valores, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, em cujo

<sup>6</sup> CAVALIERI FILHO, loc. cit.

<sup>7</sup> Segundo Dworkin, o direito “não é um produto acabado tampouco é a identificação completa com o conceito de justiça. É algo menos e algo mais. É algo menos que a justiça porque a coerência — é dizer a virtude da integridade — exige sacrificar em algumas ocasiões a persecução dos resultados justos [acrescentamos: são os casos em que a segurança jurídica se sobrepõe à preocupação ordinária com a justiça, como, v.g., a prescrição, a revelia, a coisa julgada, etc.]. É algo mais que o conjunto de normas jurídicas porque o direito está composto também por um conjunto de princípios” (GRAJALES, Amós Arturo; NEGRI, Nicolás Jorge. Ronald Myles Dworkin e as teorias da argumentação: *in memoriam*). *Revista de Processo*, n. 232, p. 426, jun. 2014).

<sup>8</sup> “Em primeiro lugar, impõe-se ressaltar que a introdução e a definição do significado do direito ao *processo justo* na realidade processual civil brasileira resultam da fusão, ao longo do tempo, de elementos e influências oriundas de diversas tradições, as quais se sedimentaram e se agruparam dialeticamente, ensejando o surgimento de uma síntese projetada sob o céu da cultura dos *direitos fundamentais*” (REICHEL, Luís Alberto. Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural. *Revista de Processo*, n. 282, p. 86. São Paulo, ago. 2018, grifo nosso).

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, justiça e sociedade. *Revista da EMERJ*, ano 5, n. 18, p. 58, 2002.

topo se colocam a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º a 5º). Apresenta-se, nesse prisma, o *processo justo* como uma síntese das diversas garantias constitucionais atinentes ao *processo* e à *justiça*<sup>9</sup>.

Ao Poder Judiciário não cabe a função primária de criar o direito positivo, mas o próprio Poder Legislativo não cria o direito por inteiro. A lei por ele editada — no dizer de Antônio Junqueira de Azevedo — não passa apenas de uma parte do direito, “um singelo esqueleto”. Na realidade, a

[...] vida a este esqueleto vai ser dada pela doutrina, pela jurisprudência e, principalmente, pelo próprio *espírito do povo*, fonte última da própria lei, da doutrina e da jurisprudência<sup>10</sup>.

Em outros termos, é o mesmo que entende e ensina Dworkin, como já registramos<sup>11</sup>.

O aplicador do ordenamento jurídico, diante da dinâmica da justiça (um sistema aberto de valores em constante mutação), não pode permanecer inerte na expectativa de que o legislador atualize e aprimore sua obra normativa. Quem tem a função de aplicar a lei tem também o dever de dar-lhe sentido e alcance que não se divorciem da justiça (fundamento e objetivo do Estado Democrático de Direito, segundo a Constituição, fonte primeira do direito processual civil).

Nessa busca ingente de reconstruir a ordem jurídica positiva para fazer a justiça do caso concreto, o que mais se destaca, em última instância, não é tanto o enunciado da lei, “mas sim a cultura jurídica”, pois o compromisso dos encarregados da pacificação social “é com o Direito e a Justiça e não apenas com a lei”<sup>12</sup>. De maneira alguma — é certo —, se poderá ignorar ou desprezar a lei em vigor, mas sua interpretação e aplicação terão de ser feitas de modo a compatibilizá-la com a justiça ínsita nas garantias e princípios constitucionais.

### 3 Justiça e verdade na aplicação contenciosa de direito: o papel da prova judicial

Todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pelo

processo se originam de *atos* (*ex facto ius oritur*). Por isso, o autor, quando propõe a ação, e o réu, quando oferece sua resposta, hão de invocar os fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro. Do exame dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo o juiz extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença<sup>13</sup>.

De tal sorte, às partes não basta simplesmente alegar os fatos.

Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado [o que se dá por meio das provas]<sup>14</sup>.

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo:

a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o *meio hábil* para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);

b) e outro *subjetivo*, que é a *certeza* (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como *convicção* formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Prova é, pois, em sentido objetivo, “todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas”<sup>15</sup>, ou, mais explicitamente,

[...] con il termine “prova” si indicano solitamente tutti i mezzi di conoscenza che vengono impiegati nel processo al fine di formulare una decisione intorno alla veridicità o falsità di enunciati relativi ai fatti rilevanti della controversia<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. v. 1, p. 101.

<sup>10</sup> AZEVEDO apud CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 65.

<sup>11</sup> V., retro, a nota n. 7.

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 65.

<sup>13</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, n. 643, p. 895.

<sup>14</sup> MONTEIRO, João. *Programma do curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Duprat, 1912. v. 2, § 122, nota 2, p. 93.

<sup>15</sup> RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de provas aos modelos de constatação da verdade. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 52, p. 43, jan./fev. 2013.

<sup>16</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. v. 1, p. 42. Em resumo se pode afirmar que “le prove sono cose o atti che abbiamo la capacità di rappresentare i fatti controversi” (PROTO PISANI, Andrea. Quattro brevi lezioni di introduzione al processo civile. *Revista de Processo*, n. 274, p. 474, dez. 2017).

É esse, aliás, o sentido que o léxico registra: prova é “tudo o que mostra a veracidade de uma proposição ou a realidade de um fato”<sup>17</sup>.

Mas, para o processo, a *prova*, como ensinava João Monteiro, não é (em sentido subjetivo) somente um fato processual, “mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência”<sup>18</sup>.

A um só tempo, destarte, deve-se ver na *prova* a ação e o efeito de provar, quando se sabe, como Couture, que “provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação”<sup>19</sup>. Não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios (documentos, perícia, testemunhas etc.) e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido “por falta de prova”. De fato, quando o litigante não convence o juiz da veracidade dos fatos alegados, prova não houve, em sentido jurídico; houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia provar, sem, entretanto, atingir a verdadeira meta da prova — o convencimento do juiz<sup>20</sup>.

Exata é a lição de Proto Pisani<sup>21</sup>, para quem o termo *prova* em direito processual pode, analiticamente, indicar:

a) os *instrumentos* de conhecimento de fatos, como, exemplificativamente, a inspeção, os documentos e as testemunhas;

b) o *procedimento* através do qual os instrumentos de conhecimento se formam e se integram ao

processo, ou seja, como se procede para produzir um documento ou coletar um testemunho, durante a instrução probatória do processo;

c) a *atividade lógica* de conhecimento dos fatos, atividade que se apresenta como “soprattutto attività di *percezione* e di *deduzione*” (grifo nosso); e

d) o *resultado* da atividade lógica de conhecimento, isto é, o *convencimento* do julgador sobre a ocorrência ou não do fato probando.

Merece, pois, remontar-se à lição sempre atual de Mittermaier, para definir-se a prova judiciária como a soma dos meios produtores da certeza a respeito dos fatos que interessam à solução da lide<sup>22</sup>. Equivale dizer, com apoio em Taruffo, que a prova nada mais é que “o instrumento por meio do qual o juiz pode verificar a verdade dos fatos sobre os quais versa a decisão”<sup>23</sup>.

#### 4 Direito fundamental à prova

O acesso à justiça, mediante um *processo justo*, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição. Entre os requisitos desse processo, figuram o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que envolvem, sem dúvida, o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio.

Sem a garantia da prova, anula-se a garantia dos próprios direitos, já que “todo direito resulta de norma e fato”. Portanto, sendo a existência ou o modo de ser do fato (origem do direito controvertido) posto em dúvida, não há como se possa fazer valer o direito sem a produção de prova<sup>24</sup>. Vale dizer:

[...] como a Constituição Federal diz que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, e que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*, e diz, ainda, que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* (grifo do autor), resulta claro que o direito de produzir prova é um direito fundamental constitucionalmente assegurado<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> GARCIA, Hamílcar de. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa* Caldas Aulete. 2. ed. Rio de Janeiro: Delta, [19..]. v. 4, p. 3300. Verbete “prova”. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2320. Prova é “aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros”.

<sup>18</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 96.

<sup>19</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974. n. 135, p. 215. E também: “Probar es establecer la existencia de la verdad; y las pruebas son los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad”. MARTINEZ SILVA, Carlos. *Tratado de pruebas judiciales*. Buenos Aires: Atalaya, 1947. p. 21, apud FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os direitos administrativos e os direitos processuais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 111, p. 38, jan./mar. 1973.

<sup>20</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 896.

<sup>21</sup> PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Ristampa della 5. ed. Napoli: Jovene Editore, 2010. p. 404.

<sup>22</sup> MITTERMAIER apud MONTEIRO, op. cit., p. 90.

<sup>23</sup> TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. *Revista de Processo*, n. 229, p. 80, mar. 2014.

<sup>24</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., v. 1, n. 644, p. 897.

<sup>25</sup> MACHADO, Hugo de Brito. O direito de produzir provas. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 103, p. 45-46.



Ainda que a Constituição não lhe faça referência expressa, o direito à prova ocupa, reconhecidamente, posição de extrema relevância no sistema processual, pois,

[...] sem ele, as garantias da ação e da defesa *careceriam de conteúdo substancial*; afinal, impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à *ordem jurídica justa*, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto<sup>26</sup> (grifo do autor).

Com efeito, não é, de fato, possível o exercício da ampla defesa sem o concurso do direito fundamental à prova, já que, dentro do processo justo, idealizado no âmbito da Constituição, o ato de provar constitui “*projeção prática* do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório”<sup>27</sup>.

Nessa ordem de ideias, por se tratar de garantia fundamental, não pode agir o juiz de maneira excessivamente rígida no indeferimento de pedido de prova. Ainda que haja dúvida acerca do cabimento ou da eficiência de certo meio probatório, o caso será de deferimento, visto que as garantias constitucionais devem sempre ser interpretadas e aplicadas no sentido da máxima eficiência. Somente quando se evidenciar o descabimento ou a inutilidade da prova, é que sua inadmissão será legítima<sup>28</sup>. Fora desse quadro, configura-se o cerceamento do direito à ampla defesa, cuja consequência refletirá sobre a decisão que resolver o mérito da causa, acarretando-lhe a nulidade<sup>29</sup>.

## 5 Objeto da prova

Há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes<sup>30</sup>. Contudo, o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos.

Observa Araújo Cintra que, “se as provas giram em torno de afirmações de fato, elas recaem diretamente sobre os próprios fatos afirmados”<sup>31</sup>. Nesse sentido, lembra Devis Echandi que os elementos de convicção coletados no processo, como testemunhos, laudos periciais, documentos, nem sempre se restringem às afirmações das partes, e deles o juiz extrai, muitas vezes, conhecimento acerca dos fatos “no precedidos de afirmación o alegación de nadie”, e que, não obstante, serão úteis para o julgamento da causa<sup>32</sup>.

Por isso, para a lei processual, os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo “para provar a verdade dos *fatos* em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (NCPC, art. 369). São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova.

Há dois momentos na instrução probatória: (i) o da alegação dos fatos em que se fundam o pedido e a defesa; e (ii) o de sua comprovação segundo os meios probatórios utilizáveis no processo. Cabe às partes, antes de tudo, definir o suporte fático de suas posições processuais, de maneira que não são quaisquer fatos que constituirão objeto da prova judiciária, mas apenas os invocados na fundamentação das alegações dos

<sup>26</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 113.

<sup>27</sup> TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático. *Revista de Processo*, n. 195, maio 2011, p. 129.

<sup>28</sup> À luz da garantia constitucional de ampla defesa, o permissivo infraconstitucional que autoriza o juiz a indeferir diligências inúteis deve ser exercido com “menor liberdade”, de modo a ser aplicado “tão somente quando o caso concreto apontasse para esse sentido; nos demais casos, inclusive os de dúvida a respeito da necessidade ou não de produzir a prova, a mesma deve ser admitida em respeito ao direito prioritário à prova” (RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 52, p. 51, jan./fev. 2013).

<sup>29</sup> MACHADO, op. cit., p. 47.

<sup>30</sup> “Los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a ellos” (SANTIS MELENDO, Santiago. La prueba: los grandes temas del derecho probatori. Buenos Aires: EJEA, 1978; *Naturaleza de la prueba, Revista dos Tribunais*, n. 462, p. 13, abr. 1974). O entendimento encontra respaldo em Carnelutti (*Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1938. v. 1, p. 674), e entre nós foi sufragado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem “se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato. A sentença de cognição exauriente, fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou a falsidade de uma afirmação” (*Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, t. 1, p. 142).

<sup>31</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4, n. 4, p. 5.

<sup>32</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002. t. 1, n. 36, p. 148.

litigantes. “O fato principal com que trabalha o órgão judicial é sempre e só fornecido pelas partes.”<sup>33</sup>

O direito ordinariamente não se prova, pois *jura novit curia*. Porém, quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, poderá o juiz exigir-lhe a respectiva prova (NCPC, art. 376)<sup>34</sup>.

Com relação aos fatos, a prova pode ser *direta* ou *indireta*. *Direta* é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. *Indireta*, a que se refere a fatos estranhos ao objeto litigioso, mas através dos quais se consegue chegar, por dedução, à evidência do fato básico da controvérsia. É o que se denomina também prova *indiciária* ou por *presunção*<sup>35</sup>.

Só os fatos *relevantes* para a solução da lide devem ser provados, não os impertinentes e inconsequentes. Assim, compete ao juiz fixar, na decisão de saneamento, os fatos a serem provados (NCPC, art. 357, II).

Há certos fatos que, embora arrolados pelas partes e relevantes para o processo, não reclamam prova para serem tidos como demonstrados. Assim, “não dependem de prova os fatos” (NCPC, art. 374)<sup>36</sup>:

a) notórios (inciso I);

b) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (inciso II);

c) admitidos no processo como incontroversos (inciso III);

d) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade (inciso IV).

Duas observações importantes, portanto, devem ser feitas acerca do *thema probando: objetos da prova*

são as alegações de fato *relevantes* e *precisas* a serem enfrentadas no julgamento da causa:

#### I – Alegações relevantes:

Fatos *relevantes* são aqueles cujo reconhecimento seja capaz de influir nos julgamentos a proferir no processo. Mais precisamente, são os acontecimentos ou condutas que, havendo sido alegados na demanda inicial ou na defesa do réu, tenham em tese a desejada eficácia constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva pretendida por aquele que os alegou<sup>37</sup>.

#### II – Alegações precisas:

Para se apresentar como objeto da prova, é necessário que a alegação fática seja precisa, já que as

[...] alegações genéricas ou vagas não comportam prova (ex.: não basta alegar genericamente a insinceridade do pedido de retomada, mas é necessário *descrever fatos concretos e precisos* que indiquem sua ocorrência<sup>38</sup>.

Tanto a demanda do autor como a defesa do réu estão sujeitas ao princípio da substanciação, ou seja, devem se fundar em fatos concretos adequados ao acolhimento da pretensão ou da resistência a ela oposta (NCPC, arts. 319, III, e 336)<sup>39</sup>. Assim, não basta afirmar genericamente que o ato jurídico a ser anulado foi praticado sob dolo ou coação (fundamento genérico, apenas de direito). É indispensável que a parte alegue fatos concretos que se possam subsumir na hipótese legal do vício de consentimento; assim como a arguição de cobrança excessiva somente pode ser considerada relevante caso se demonstre in concreto em que se constituiu o excesso. Mesmo porque, a se aceitarem demandas e defesas em termos apenas genéricos, sacrificada ficaria a garantia do contraditório e da ampla defesa, pela dificuldade que a parte contrária teria em sua defesa e contraprova.

Reitere-se, por fim, que os fatos afirmados por uma das partes para fundamentar sua pretensão só se tornam *objeto de prova* quando contrariados pela outra

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146.

<sup>34</sup> CPC/1973, art. 337.

<sup>35</sup> “Segundo a regra do art. 131 do CPC [NCPC, art. 371], o juiz pode apreciar livremente a prova, levando em conta até mesmo fatos não alegados pelas partes. Isto, porém, não o autoriza a considerar fatos constitutivos ou extintivos da pretensão que não tenham figurado no fundamento das situações jurídicas defendidas pelos litigantes. A prova de fatos estranhos àqueles sobre que se apoiam as partes somente será cabível na instrução e no julgamento da causa quando *direta* ou *indiretamente* refletirem sobre os fatos *principais* arrolados pelos litigantes, servindo, pois, de prova indireta do fato jurídico constitutivo da *causa petendi*. O art. 131, portanto, refere-se à liberdade de apreciação dos fatos *secundários*, por meio dos quais se pode chegar, direta ou indiretamente, a alguma convicção em torno dos fatos jurídicos objeto do processo” (OLIVEIRA, op. cit., p. 154, nota 56).

<sup>36</sup> CPC/1973, art. 334.

<sup>37</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 65. Em outras palavras: “o objeto da prova recai sobre fatos cuja existência devidamente reconhecida pelo juiz darão ensejo ao acolhimento ou à rejeição do(s) pedido(s) de tutela jurisdicional” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, t. 1, p. 281, grifo do autor).

<sup>38</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 32.

<sup>39</sup> CPC/1973, arts. 282, III, e 300.

parte. Se não negados, permanecem como *ponto* (i.e., fundamento de uma alegação referente ao mérito da causa), que, de ordinário, não reclama demonstração probatória. *Questão*, que exige prova em juízo, passa a existir quando configurada, sobre o *ponto* de fato, “uma controvérsia no processo”<sup>40</sup>.

## 6 Prova e verdade

Há uma necessária conexão entre a função da prova e a função do processo. A este cabe não apenas encontrar uma solução qualquer para o litígio, mas sim aquela que seja *justa*. E para que seja *justa*, deve ser resultado de uma “correta aplicação da norma jurídica que constitui a regra de decisão do caso”, como adverte Taruffo, para quem:

[...] entre as condições necessárias para que se tenha uma decisão justa, e para que a norma que regula o caso seja aplicada corretamente, urge que seja certificada a *verdade* dos fatos que se acham à base da controvérsia [...] tal certificação configura como uma *condição necessária* da justiça da decisão, cuja falta, por si, faz com que não se possa ser aceita como justa<sup>41</sup> (grifo do autor).

Em conclusão, demonstra Taruffo que a prova é, pois, necessária para que o juiz possa chegar à formulação de uma decisão afinada com a verdade e, portanto, *justa*, diante das alegações conflituosas dos litigantes. É claro que a decisão girará em torno das alegações deduzidas pelas partes em juízo, mesmo porque a elas, e não ao juiz, compete definir o *objeto litigioso* a ser solucionado no processo. Assim, para certificar se tais alegações são verdadeiras ou não, hão de ser apurados os fatos que as sustentam. Logo:

A prova é o meio exclusivo de conhecimento da verdade dos fatos [...]. Isto corresponde a um dos princípios fundamentais da epistemologia geral, segundo o qual a verdade de um enunciado se funda sobre sua interpretação metodologicamente correta de todas as informações disponíveis. *Id est*: a prova é aquilo que permite ao juiz adquirir todas as informações que são necessárias para estabelecer

a verdade dos enunciados relativos *aos fatos da causa*<sup>42</sup> (grifo nosso).

Nessa perspectiva epistemológica, a prova demonstra a veracidade ou não das alegações dos litigantes, mas, para tanto, é endereçada e concluída pela apuração da verdade dos fatos<sup>43</sup>.

Não conduz a resultados significativos ou relevantes, no domínio do direito processual, a distinção entre ser objetivo da prova a apuração da verdade das alegações ou da verdade dos fatos. No fundo, tudo se resume a verificar se o suporte fático das afirmações das partes corresponde ou não à realidade ou à verdade.

É claro que a *verdade absoluta* jamais será alcançada pelo homem, tampouco estará ao alcance do juiz no processo, em vista das limitações do conhecimento humano. Isto, porém, não deve resultar numa indiferença do processo pela veracidade dos fatos com que as partes sustentam suas alegações perante o juiz. O processo não pode ser reduzido a um mero jogo retórico. As provas têm a missão de proporcionar ao juiz o acesso à verdade possível, ainda que de maneira não plena. Em outras palavras, devem proporcionar “um razoável conhecimento dos fatos”<sup>44</sup>.

Num processo compromissado com a *justa composição* do litígio,

[...] a orientação que é digna de ser seguida é aquela segundo a qual um *acertamento verdadeiro dos fatos* pode ser, e aliás deve ser alcançado no processo, como condição de justiça da decisão<sup>45</sup>.

O que o processo há de garantir é a busca da verdade, ainda que não absoluta, já que o conhecimento de como os fatos se passaram é fator de legitimação da decisão judicial, e por isso deve ser perseguido<sup>46</sup>. Assim, segundo a lição de Taruffo, nos mais variados ordenamentos jurídicos, de diferentes culturas e em diferentes momentos históricos, esteve sempre presente a noção de que a *prova visa estabelecer*

<sup>42</sup> TARUFFO, op. cit., p. 81.

<sup>43</sup> TARUFFO, loc. cit.

<sup>44</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. v. 1, p. 414.

<sup>45</sup> COMOGLIO; TARUFFO; FERRI, loc. cit.

<sup>46</sup> GRECO, Leonardo. O conceito da prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 379. Cf., também, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, t. 1, p. 237.

<sup>40</sup> Equivale a uma *questão*, também, a dúvida do juiz acerca de uma arguição da parte, levando-o a exigir a respectiva comprovação, ou, ainda, as hipóteses em que a própria lei impõe à parte a obrigação de comprovar sua afirmação, mesmo que não contestada (OLIVEIRA NETO, Olavo de. O objeto da prova no direito processual civil. In: *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 512).

<sup>41</sup> TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. *Revista de Processo*, n. 229, mar. 2014, p. 80.



se determinados fatos ocorreram ou não<sup>47</sup> e, com isso, no processo a prova *legitimaria a decisão judicial*<sup>48</sup>.

Dessa forma, a busca pela verdade foi e continua a ser vista por muitos sob uma perspectiva ainda mais ampla, ou seja, como a função não só da prova, mas também do próprio processo, principalmente quando se trata do processo de conhecimento<sup>49</sup>.

## 7 Sistema de avaliação da prova adotado pelo atual Código de Processo Civil

Dizia o Código de 1973 que o juiz deveria “apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos”, competindo-lhe, porém, “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (art. 131). Esse critério legal recebia da doutrina a denominação de sistema da “persuasão racional” ou de “livre convencimento motivado”.

Reconhecia-se, por meio dele, a inexistência de hierarquia entre as provas, que por isso poderiam ser “livremente avaliadas”, segundo a força de convencimento gerada sobre o juiz (destinatário de todas as provas produzidas no processo). Não se tratava, porém, de um poder discricionário, já que, a par da liberdade de selecionar as provas que melhor se prestariam à solução da causa, a lei impunha o dever de fundamentar sua escolha, que somente poderia ser feita mediante prévio contraditório entre as partes e posterior possibilidade de impugnação recursal<sup>50</sup>. Entendia-se que, mediante os três elementos referidos (contraditório, motivação e duplo grau de jurisdição),

resguardava-se o devido processo legal e combatia-se o arbítrio jurisdicional na avaliação da prova tomada como base para a resolução do litígio<sup>51</sup>.

Esse entendimento, ao ver de certo ramo da filosofia do direito, implicava compromisso com a *discricionariedade judicial* ou com a formação de decisões conforme a *consciência do julgador*. É certo, porém, que a regra não visava a um objetivo totalmente consagrador dos julgamentos de consciência, visto que, em outro dispositivo, o mesmo Código determinava que cabia ao juiz, no julgamento da lide, “aplicar as normas legais” (art. 126 do CPC/1973).

De qualquer forma, a liberdade na apreciação dos elementos relativos à demonstração das alegações fáticas poderia ensejar a inconveniente possibilidade de o juiz isolar certa prova, para dar-lhe força suficiente para formar seu convencimento, com total ou parcial eliminação do exame e avaliação dos demais elementos probatórios produzidos no processo. É claro que uma visão sectária na operação interpretativa dos fatos acabaria por gerar uma aplicação também sectária e inadequada do direito na resolução da causa.

Adotando o novo Código o princípio democrático da participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento que haverá de ser editado pelo juiz para se chegar à *justa composição do litígio*, entendeu o legislador de suprimir a menção ao “livre convencimento do juiz” na apreciação da prova. Agora está assentado no art. 371 do NCPC que “o juiz *apreciará a prova constante dos autos*, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as *razões da formação de seu convencimento*”.

Com isso, estabeleceu-se o dever de apreciar não a prova que livremente escolher, mas todo o conjunto probatório existente nos autos. Repeliu-se a tendência esboçada em certa corrente jurisprudencial que reconhecia ao juiz o dever de justificar a conclusão a que chegou, expondo apenas as razões capazes de sustentá-la. Segundo tal entendimento, o juiz,

<sup>47</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferri Beltran. Madrid: Trotta, 2005. p. 21

<sup>48</sup> Primeiro, *se acerta* a verdade sobre os fatos, para depois *decidir* sobre qual norma jurídica geral a eles seja aplicável, criando-se, dessa maneira, a norma concreta particular que regerá o caso *sub judice* (cf. EGGLESTON, Richard. *Prova, conclusione probatoria e probabilità*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 2; apud PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. *Revista de Processo*, ano 37, n. 213, p. 162, nov. 2012.

<sup>49</sup> PEREIRA, loc., cit., apoiado em MALATESTA, para quem “o fim supremo da crítica judiciária é, portanto, a *verificação de uma realidade explicada*” (cf. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Walesca Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. v. 1, p. 67. Cf., também, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Do processo de conhecimento. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da (coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5, t. 1, p. 29.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2, p. 78-79.

<sup>51</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 83-95; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151; RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano 9, n. 52, p. 48-49, jan./fev. 2013.

no regime do CPC de 1973, não estaria sujeito a responder a todos os argumentos da parte, nem a analisar exaustivamente todas as provas, desde que sua fundamentação pudesse explicar as razões do decisório<sup>52</sup>.

O novo Código, de tal sorte, esposou a teoria, até então minoritária nos tribunais, mas não menos expressiva, de que

[...] sentença e acórdão haverão de examinar os vários fundamentos relevantes deduzidos na inicial e na contestação [assim como todas as provas que lhes sejam pertinentes — acrescentamos], justificando por que não são acolhidos.

É bom lembrar que a corrente majoritária, que se satisfazia com a fundamentação parcial, nunca foi aplaudida pela boa doutrina. Pelo contrário, Taruffo advertia que semelhante tese, por trás de aparente razoabilidade, esconde grave equívoco procedimental<sup>53</sup>.

Enfim, a doutrina nunca reconheceu ao juiz o poder de agir livremente na escolha e na avaliação da prova que servirá de fundamento de sua decisão. O convencimento, *in casu*, só é livre

[...] no sentido de que não acarreta pré-valorações legais que vinculem o juiz; não é livre, por outro lado, das regras da *lógica* e da *racionalidade em geral*. Afinal, de nada adiantaria produzir amplo e rico material probatório, se o juiz pudesse simplesmente desconsiderá-lo na hora de tomar a decisão<sup>54</sup>.

Portanto, só é legítima a valorização da prova quando feita pelo juiz de forma racional e analítica, “respeitando critérios de *completude*, *coerência*, *congruência* e *correção lógica*”<sup>55</sup>.

Com efeito, o processo democrático não pode tolerar construções de resultados processuais que sejam fruto do puro discricionarismo do juiz. A participação de todos os sujeitos do processo na formação do provimento jurisdicional é uma imposição da constitucionalização da tutela jurisdicional. A fundamentação da sentença, portanto, não pode se confundir com a simples *fundamentação escolhida pelo juiz* para justificar seu convencimento livre e individualmente formado diante da lide. Todos os argumentos e *todas as provas deduzidas no processo* terão de ser racional e objetivamente analisados, sem preconceitos subjetivos. O juiz interpreta e aplica o direito e não seus sentimentos pessoais acerca de justiça. É por isso que não se deve atrelar o julgamento ao *livre convencimento* do sentenciante. O exame das provas, sem hierarquização de valor entre elas, terá de se realizar segundo critérios objetivos que se voltem para a definição não da *vontade do julgador*, mas do ordenamento jurídico, como um todo, concretizado e individualizado diante do caso dos autos. O juiz apenas a descobre e declara na sentença, aplicando-a à solução do conflito submetido à jurisdição<sup>56</sup>.

Portanto, e para que definitivamente não haja discricionariedade na formação do convencimento do juiz acerca da veracidade ou falsidade dos fatos da causa, é indispensável que o seu discurso justificativo seja *completo* e *articulado*. Vale dizer, deve apontar quais provas se revelaram confiáveis para a apuração da veracidade ou não dos fatos relevantes da causa; e, mais, ainda, “deve indicar de que modo, e por quais razões valorou a credibilidade das provas de que dispunha”<sup>57</sup>.

Enfim, além de lógica e racional, a avaliação tem de ser completa: não é suficiente analisar as provas justificadoras da versão acolhida como verdadeira. A análise, diante do processo participativo e contraditório, tem de ser completa:

<sup>52</sup> Exemplo de semelhante tese encontra-se no seguinte aresto: “Saliente-se que o magistrado tem o dever de fundamentar devidamente sua decisão, mas não tem a obrigação de analisar todos os argumentos apresentados pelas partes” (TJRS, 6ª Câmara, ED 70016937179, Rel. Des. Ney Wiedemann Neto, ac. 19/10/2006. No mesmo sentido: TJRS, 10ª Câmara, ED 70022860035, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, ac. 28/02/2008; STJ, 2ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 492.969/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 19/10/2006, DJU 14/02/2007, p. 206; STJ, 1ª Turma, REsp 799.564/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 18/10/2007, DJU 05/11/2007, p. 225).

<sup>53</sup> TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*. Padova: Cedam, 1975. p. 445 e ss. Também Moniz de Aragão reconhecia a existência da afirmação corriqueira de que, na fundamentação da sentença ou acórdão, o magistrado não precisaria examinar todas as questões do processo: “Isto está absolutamente equivocado [...]”; é inadmissível supor que o juiz possa escolher, para julgar, apenas algumas questões que as partes lhe submeteram. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examiná-las todas. Se não o fizer, a sentença estará incompleta” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 101-103).

<sup>54</sup> RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, n. 224, out. 2013, p. 51.

<sup>55</sup> RAMOS, op. cit., p. 53.

<sup>56</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., v. 1, n. 650, p. 906-909.

<sup>57</sup> TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero et al. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 26.

[...] se existem provas contrárias à versão dos fatos que o juiz adota, ele deve explicar por quais razões entendeu desnecessário levar em consideração essas provas ao formular seu juízo.

Conclui Taruffo:

As razões pelas quais não é levada em consideração a prova contrária são, de fato, uma confirmação indispensável da validade da solução diversa que é adotada e da credibilidade das provas que a sustentam<sup>58</sup>.

De tal sorte, a demonstração do convencimento da veracidade fática só é completa quando o juiz justifica logicamente a versão adotada e, ao mesmo tempo, rejeita racionalmente a versão contrária.

## 8 Conclusões

Preocupado com a garantia constitucional de um processo democrático e justo, o art. 369 do CPC/2015 assegura que:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para *provar a verdade* dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e *influir eficazmente* na convicção do juiz (grifo nosso).

Nossa lei, portanto, não aceita que o devido processo legal garantido constitucionalmente nenhum compromisso tenha com a verdade perseguida pela prova. A circunstância filosófica de considerar inacessível ao homem o conhecimento da verdade absoluta é irrelevante. Perante o dispositivo legal em comento, a tutela jurisdicional, expressamente, se assenta na garantia fundamental do direito de *provar a verdade* dos fatos envolvidos na controvérsia que o juízo haverá de compor, com pleno respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Em nenhum momento o legislador sujeitou a sentença judicial à apuração da verdade absoluta, mesmo porque esta escapa à capacidade cognitiva humana. Mas disso não decorre a inadmissível tese de alguns poucos de que o *processo não deva, ou não possa, tender a um acerto verdadeiro dos fatos*,

não passando a sistemática da prestação jurisdicional de mera técnica objetiva de solução de conflitos. Explica a doutrina flagrantemente majoritária:

a) de um lado, nada impede que se adote orientação epistemológica segundo a qual é possível uma *cognição relativa e racional* dos fatos empíricos, por meio de instrumentos adequados de certificação da *verdade*<sup>59</sup> (grifo nosso, tradução nossa);

b) por outro lado, nenhuma decisão judicial é *justa* se se fundar sobre um acerto errôneo dos fatos em que se baseia [...] a justiça da decisão pressupõe que os fatos da causa sejam estabelecidos de modo verdadeiro [...] <sup>60</sup> (grifo nosso, tradução nossa).

Além disso, assenta a mesma fonte doutrinária que, qualquer que seja o campo de investigação, “toda atividade cognitiva concreta encontra limites de variada natureza, mas não é por isso lícito dizer que *nenhum fato* nunca possa ser conhecido”<sup>61</sup> (grifo nosso, tradução nossa). Aduz, mais, que se impõe reconhecer o fato de que

[...] no processo, como de resto em qualquer outro contexto no qual se realizam conhecimentos práticos e empíricos, trata-se sempre de verdades *relativas* e nunca de verdades *absolutas*<sup>62</sup> (grifo do autor, tradução nossa).

Nessa ordem de ideias, é, sim, *relativa*, a verdade apurada através das provas judiciais, mesmo porque não está ao alcance do conhecimento humano senão a verdade limitada aos meios cognitivos disponíveis e à capacidade do homem de dominá-los.

Pouco importa que a verdade alcançada processualmente seja apenas relativa. O indispensável é que a convicção do juiz acerca da veracidade ou falsidade dos fatos relevantes para o julgamento da causa seja demonstrada mediante adequada indicação das “razões da formação de seu convencimento” (CPC, art. 371). A prova, para nosso direito positivo, é sem dúvida meio de chegar à verdade, acessível dentro do quadro delineado no processo a respeito

<sup>58</sup> TARUFFO, loc. cit., completa sua lição, advertindo que “o juiz deve evitar cair [...] no erro típico daquele que, devendo justificar uma determinada escolha, seleciona todos os fatores que confirmam a sua correção, mas sistematicamente não leva em consideração os fatores contrários, introduzindo, assim, uma distorção substancial no seu próprio raciocínio”.

<sup>59</sup> COMOGGIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. v. 1, p. 414.

<sup>60</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>61</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>62</sup> Ibidem, loc. cit.

da qual o juiz terá de formar racionalmente o devido convencimento<sup>63</sup>.

O compromisso constitucional, enfim, da jurisdição no Estado Democrático de Direito é com o *processo justo*<sup>64</sup>, e como *justiça* vincula-se com a *verdade*, o CPC/2015 assegura ampla liberdade probatória aos litigantes, banindo as provas tarifadas e hierarquizadas. O juiz, portanto, formará seu convencimento à luz de todos os meios probatórios constantes do processo, mas não o fará livremente e segundo motivos íntimos e incontroláveis. Não poderá se louvar em conhecimento de fatos conhecidos extra-autos e tampouco se orientará emocionalmente na escolha e avaliação dos fatos e versões deduzidos no processo.

O convencimento do julgador somente se circunscreverá aos elementos do processo, produzidos com pertinência ao objeto da causa e com obediência às exigências do princípio do contraditório, e, sempre, terá de ser formado e justificado *racionalmente* (arts. 369 e 371 do CPC/2015)<sup>65</sup>.

Em síntese:

a) A função da prova no processo é a de permitir ao juiz, com a colaboração das partes, a possibilidade de pronunciar a resolução do conflito, se não com base no conhecimento total da verdade, pelo menos o mais próximo possível dela.

b) Ao pesquisador, em qualquer ramo da ciência, só é dado conhecer de maneira limitada a realidade dos fatos investigados. Cada ciência tem o seu método de acesso à verdade e, no campo do direito, não é diferente. O processo dispõe de método próprio para

definir a verdade de acesso possível aos sujeitos da relação jurídico-processual.

c) O sistema de provas e de avaliação delas não é indiferente à determinação da verdade acerca das alegações fáticas deduzidas em juízo; mesmo porque, sem esse objetivo, não seria possível uma definição razoavelmente clara e aceitável da função processual da prova<sup>66</sup>.

d) É inadmissível que, no Estado Democrático de Direito, assentado nos valores éticos fundamentais da segurança e da justiça, se tenha de conviver com um processo (*justo* por exigência constitucional) reduzido à triste insignificância de uma simples *técnica* de compor conflitos, dentro de sistemática completamente indiferente à verdade em torno dos fatos controvertidos entre os litigantes<sup>67</sup>.

e) O convencimento do juiz, formado através da avaliação da prova dos autos, é livre (não sujeito a tarifação ou hierarquização dos meios probatórios), mas não é arbitrário, visto que terá de consistir na definição da *verdade dos fatos* apurados em juízo, segundo os cânones da *lógica* e dos *modelos da ciência empírica*, regras essas de observância obrigatória para que se torne possível a *dedução de veracidade* dos fatos relevantes da causa<sup>68</sup>.

f) Diante das limitações técnicas da instrução processual, e das regras de formação do convencimento do juiz, o resultado da avaliação da veracidade das provas apresenta-se quase sempre como um juízo de *probabilidade*, e só raramente como juízo de *certeza* (caso de apuração do fato através de regra extraída das ciências exatas). Entretanto, a circunstância de a certificação da verdade ocorrer por força de exigência prática que imponha ter como provado um fato quando

<sup>63</sup> Sem força de convencer acerca da verdade, não há prova *eficaz* para o processo. Nesse sentido, o art. 369 do CPC deixa evidente “a indispensabilidade do *convencimento* por parte do juiz” (CASTRO, Jerônimo Fernando dos Santos. A fase probatória no processo civil: a instrumentalidade da prova e sua relevância no convencimento do juiz. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 19, n. 110, p. 110, nov./dez. 2017).

<sup>64</sup> Segurança e justiça são “valores supremos” da ordem constitucional brasileira (CF, preâmbulo).

<sup>65</sup> “O Brasil adota o princípio da *persuasão racional*, de forma que o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos, mas sua apreciação não depende de critérios legais *determinados a priori*. Assim, o juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo *critérios críticos e racionais*” (OLIVEIRA, Rafael Niebuhr de; MESSIAS, Wellington Jacó. O novo código de processo civil e o princípio do livre conhecimento. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 19, n. 110, p. 104, nov./dez. 2017).

<sup>66</sup> COMOGGIO; FERRI; TARUFFO, op. cit., p. 414.

<sup>67</sup> A sistemática de nosso CPC, sem dúvida, determina que o convencimento do julgador há de ser *motivado* segundo critérios da lógica do razoável, mediante avaliação dos raciocínios desenvolvidos por cada uma das partes, geradores de colisão entre versões dispares da *realidade*. Apoiado na criteriosa análise da prova, cabe ao juiz atenuar tal conflito, por sua própria *linha de raciocínio*. “Esse raciocínio tende a filtrar todas as informações colhidas para, assim, determinar a *verdade dos fatos* e atribuir *justiça* a quem teve o direito violado” (CASTRO, op. cit., p. 122, grifo nosso).

<sup>68</sup> [...] “si può dire che la valutazione delle prove secondo il prudente apprezzamento consiste nella attività logica razionale con la quale il giudice applica ai fatti percepiti [...] regole sulla cui base desumere i fatti principali da provare” (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Ristampa della 5. ed. Napoli: Jovene Editore, 2010. p. 415).



apareça na instrução do processo como “fortemente provável” não desnatura o compromisso do processo justo com a verdade. Isto porque a avaliação de probabilidade não é feita livremente pelo juiz, mas por meio de dedução lógica<sup>69</sup>.

g) Sendo no mais das vezes uma verdade relativa (ou uma verdade apurada por dedução, dentro da conjuntura das regras processuais), pode-se afirmar que a pesquisa dos fatos, objeto da causa civil, é apenas *tendencial à verdade material*, e não comprometida visceralmente com a verdade material absoluta (verdade real)<sup>70</sup>. Talvez seja, no campo do processo, mais adequado falar-se em pesquisa não propriamente da *verdade real (certeza absoluta)*, mas da *verdade provável* ou *aproximada* (juízo de probabilidade)<sup>71</sup>. O que não se pode aceitar, de forma alguma, é que a tutela jurisdicional se realize sem compromisso algum com a verdade e como simples técnica fria de compor conflitos, imposta unicamente pela vontade da lei.

h) Não deixa, portanto, de ser o objetivo final da prova, num processo que aspira a ser justo, a apuração da *verdade* dos fatos relevantes à solução do litígio, ainda que essa verdade, filosoficamente, seja relativa e não absoluta. É que, na visão de Zuckerman e de Taruffo, não se pode qualificar de justo “um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade”, o que na realidade configuraria, isto sim, um procedimento manifestamente “injusto”<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> “La deduzione è attività logico razionale (e non percettiva sensoriale); essa consiste, può essere descritta, in un sillogismo (o più esattamente come si è detto *retro* 4.1 in un fascio di sillogismi) la cui premessa minore è il fatto percepito (documento o dichiarazione di scienza), la cui premessa maggiore è una regola o massima di comune esperienza, la cui illazione è l'esistenza o no del fatto (principale o secondario) da provare” (PROTO PISANI, op. cit., p. 417).

<sup>70</sup> PROTO PISANI, op. cit., p. 447.

<sup>71</sup> “Como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema [processual] conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da probabilidade suficiente” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, n. 116, p. 338, jul./ago. 2004). “Com isso, a expressão ‘verdade real’ deve ser substituída por outra mais adequada à realidade democrática [do processo]. As expressões ‘verdade aproximada’, ‘verdade provável’ ou ‘juízo de probabilidade’ são terminologicamente compatíveis com o diálogo jurídico estabelecido pela via do processo” (VARGAS, Cirilo Augusto. Considerações sobre a prova emprestada no código de processo civil de 2015. *Juris Plenum*, n. 80, p. 97).

<sup>72</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22, apud BEREZOWSKI, Aluisio. A busca pela verdade real no novo CPC:

## 9 Referências

BEREZOWSKI, Aluisio. A busca pela verdade real no novo CPC: terá havido uma mudança de paradigma? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 280, p. 41-62, jun. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, t. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, t. 1.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1938. v. 1.

CASTRO, Jerônimo Fernando dos Santos de. A fase probatória no processo civil: a instrumentalidade da prova e sua relevância no convencimento do juiz. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, 108-126, nov./dez. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, justiça e sociedade. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 58-65, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. v. 1.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. póstuma reimpr. inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1974.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002. t. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

terá havido uma mudança de paradigma? *Revista de Processo*, n. 43, p. 53, jun. 2018.



DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução Walesca Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. v. 1.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os direitos administrativos e os direitos processuais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 111, p. 38, jan./mar. 1973.

GARCIA, Hamílcar de. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa Caldas Aulete*. 2. ed. Rio de Janeiro: Delta, [s.d.]. v. 4, p. 3300.

GRAJALES, Amós Arturo; NEGRI, Nicolás Jorge. Ronald Myles Dworkin e as teorias da argumentação jurídica: (in memoriam). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 425-448, jun. 2014.

GRECO, Leonardo. O conceito da prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 366-388.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2320.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. O direito de produzir provas. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 103, p. 40-47, out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Do processo de conhecimento. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, t. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Do processo de conhecimento. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5, t. 1.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil: arts. 444 a 475*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MONTEIRO, João. *Programma do curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Duprat, 1912, v. 2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 83-95.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. O objeto da prova no direito processual civil. In: *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr de; MESSIAS, Wellington Jacó. O novo código de processo civil e o princípio do livre conhecimento. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 19, n. 110, p. 89-107, nov./dez. 2017.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 161-190, nov. 2012.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Ristampa della 5. ed. Napoli: Jovene Editore, 2010.

PROTO PISANI, Andrea. Quattro brevi lezioni di introduzione al processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 274, p. 465-505, dez. 2017.

PROVA. In: DICIONÁRIO contemporâneo da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1980. v. 4, p. 4122.

PROVA. In: DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2320.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-62, out. 2013.

REICHEL, Luís Alberto. Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 282, p. 67-89, ago. 2018.

RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 42-66, jan./fev. 2013.

SENTIS MELENDO, Santiago. Naturaleza de la prueba. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 63, v. 462, p. 11-22, abr. 1974.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatori*. Buenos Aires: EJE, 1978.

SILVA, Ovídio A. Baptista da (coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5, t. 1, p. 29.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 75-88, mar. 2014.

TARUFFO, Michele. *La motivazione dela sentenza*. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 195, p. 111-136, maio 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

VARGAS, Cirilo Augusto. Considerações sobre a prova emprestada no código de processo civil de 2015. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 14, n. 80, p. 91-108, mar. 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 334-371, jul./ago. 2004.